



JUEZA PONENTE

DRA. MARIA DEL CARMEN ESPINOZA VALDIVIEZO.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA ESPECIALIZADA DE LA FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.- Quito, 31 de mayo de 2012, a las 08h55'.

VISTOS: 1. COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces y Jueza Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 30 de enero de 2012, nos designó para integrar esta Sala Especializada, y conforme el acta de sorteo que obra del expediente de casación somos competentes y avocamos conocimiento de esta causa, de acuerdo con el Art. 184.1 de la Constitución de la República, Art. 189 del Código Orgánico de la Función Judicial, y Art. 1 de la Ley de Casación.-

2. ANTECEDENTES: Conoce la Sala este proceso en mérito del recurso de casación que oportunamente interpone LUCILA ELIZABETH RODRIGUEZ MINAYA, representada por su madre, JENNY ELIZABETH MINAYA HIDROVO contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el 10 de junio de 2009, las 09h45, resolución que confirma el fallo de primera instancia que declara sin lugar la demanda, dentro del juicio de investigación de la paternidad que sigue la recurrente contra Rollet Eduardo Silva Jiménez. Una vez admitido a trámite el recurso de casación, para resolver, se considera:

3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.- La recurrente cita como infringidas las siguientes normas: "Constitución del Ecuador: artículo 169; artículo 175; artículo 11 numerales 3, 4, 5 y 9; artículo 44; artículo 45. Código Civil; artículo 233; artículo 251; artículo 247. Código



*Orgánico de la Función Judicial: artículo 29. Código de la Niñez y Adolescencia: artículo 1; artículo 11; artículo 12 último inciso; artículo 14; artículo 21. Código de Procedimiento Civil: artículo 113 inciso primero; artículo 114 inciso primero; artículo 115; artículo 117; artículo 269; artículo 273; artículo 274". Fundamenta el recurso en las **causales primera, tercera y cuarta**, alegando para ello en su orden, errónea interpretación de los Arts. 233, 247 y 251 del Código Civil; falta de aplicación de los Arts. 44, 45, 169 y 175, numerales 3, 4, 5 y 9 de la Constitución del Ecuador; falta de aplicación de los Arts. 113 inciso primero, 114, 115 y 117 del Código de Procedimiento Civil; y, resolución en la sentencia de lo que no fue materia del litigio.*

4. CONSIDERACIONES ACERCA DEL RECURSO DE CASACIÓN: La doctrina procesal concibe a la casación como un medio de impugnación extraordinario y supremo, cuyo propósito esencial, es atacar una sentencia o resolución definitiva dictada en un proceso de conocimiento, para evitar que como consecuencia de la validez y eficacia de la misma, sobrevenga un daño o lesión irreparable a los intereses jurídicos del o la recurrente. La inconformidad de las partes con la sentencia a diferencia de la instancia, no es el fundamento de este recurso. Su carácter formalista y restrictivo esta dado en cuanto a los condicionamientos que la ley exige para su procedencia; su objetivo principal es impugnar exclusivamente la sentencia para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de que pueda adolecer, esto es por violación directa de la ley, por falta de aplicación, por indebida aplicación, o por interpretación errada de la misma. Por lo que, quien recurre esta obligado a señalar con exactitud y precisión, cuáles son las infracciones cometidas con individualización de los vicios o yerros en los que ha incurrido el tribunal de instancia, pues en aplicación del principio dispositivo, el recurrente es quien fija los límites de desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional del Tribunal de casación, en la labor de control de legalidad del fallo a el asignado, proceso que se verifica mediante el cotejamiento riguroso y técnico que el juez hace entre el fallo impugnado y el ordenamiento jurídico vigente, fundamentalmente la constitucionalidad o conformidad del sistema normativo, en virtud del principio de supremacía constitucional, previsto en el Art. 11 numeral 3. y siguientes, en relación con los Artículos 424 y 425 de la Constitución de la República.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES

PRESENTADAS: PRIMER CARGO. En el ordenamiento jurídico del Estado, el orden jerárquico de las normas determina que el rango más elevado, es la norma suprema, y habiéndose acusado en el recurso de casación la violación de normas constitucionales, por la trascendencia y efectos que puede causar en la sentencia, deben ser analizados en primer lugar. En la especie, la recurrente al fundamentar el cargo por la causal primera, por falta de aplicación de normas de derecho en la sentencia que han sido determinantes en su parte dispositiva, invoca el Art. 45 de la Constitución manifestando, *“... que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a su integridad física y psíquica; así como a su identidad, nombre y ciudadanía... como todos los seres humanos; y especialmente como menor adolescente tengo derecho a acudir a la justicia para obtener legalmente mi verdadera identidad; así como, a que mis nombres y apellidos sean los auténticos es decir, los que establezcan mi verdadera filiación paterna con quien está probado que es mi padre biológico: el señor Rollet Eduardo Silva Jiménez...”*. Para concluir que como en la sentencia no se le concede este derecho sustancial, los juzgadores no han aplicado las normas constitucionales que robustecen esta causal: artículo 11 numerales 3, 4, 5 y 9, y Artículo 44 que disponen atender el principio del interés superior y prioritario de los niños, niñas y adolescentes, derecho que prevalece sobre cualquier otro, es decir su derecho a rescatar judicialmente su verdadera identidad, apellidos y filiación paterna. En este sentido tampoco se ha aplicado lo que establece el Art. 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y artículos 1, 11, 12, 14 y 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. Por el contrario según manifiesta, *“... la sentencia recurrida, en el considerando tercero, así como en su parte resolutive, me manda a que primero haga una acción de impugnación de paternidad, ajena a mi situación jurídica de supuesta hija nacida dentro de un matrimonio; cuando claramente está establecido en el juicio Ordinario de Investigación de Paternidad, quien es su progenitor...”*. Para concluir que la sentencia coarta todos sus derechos, incumpliendo el Art. 169 de la Constitución, en cuanto al propósito del sistema procesal como un medio para la realización de la justicia. **5.1** Esta causal imputa vicios *“in iudicando”*, y puede darse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. La esencia de esta causal



apunta a demostrar jurídicamente la vulneración propiamente dicha, esto es violación directa de normas de derecho por parte del juzgador al dictar sentencia, que se produce según la doctrina y jurisprudencia aceptada, en el proceso de subsumir o reducir los hechos a los tipos jurídicos positivos, dicho de otra manera el desacierto en el que incurre el juez o jueza al momento de determinar en la sentencia, cuales son las normas de derecho sustantivo que resultan aplicables. El vicio de falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando en el fallo la norma sustantiva aplicable al caso controvertido y ello influye en la decisión de la causa, es decir que, de haberlo hecho, habría determinado que la decisión en la sentencia sea distinta. En otros términos, la falta de aplicación de normas de derecho tiene lugar cuando establecidos los hechos en el fallo, el tribunal de instancia no los subsume en la norma jurídica pertinente; esto es, en aquella que contiene la hipótesis jurídica concordante con tales hechos como es la pretensión, lo que implica error en cuanto a la existencia de la norma. **5.2. ANTECEDENTES**

DE HECHO Y DERECHO: La actora, Jenny Minaya Hidrovo, en representación de su hija, Lucila Rodríguez Minaya, deduce demanda de investigación de paternidad, y expone que de la partida de nacimiento adjunta, consta como padre de su representada, el señor Julio David Rodríguez Ugalde, sin que sea él su padre biológico y que por lo tanto dentro de la etapa probatoria, solicitará que se practiquen los exámenes de ADN al demandado, señor Rollet Eduardo Silva Jiménez, quién es el padre biológico de dicha menor, sustenta su demanda en los artículos 1, 12 (tercer inciso), 14, 21 y 65 (último inciso) del Código de la Niñez; 253 (numeral cuatro) y 255 del Código Civil. A fojas 11 del cuaderno de primera instancia, comparece Rollet Eduardo Silva Jiménez, y expresamente, manifiesta que se allana íntegramente a la pretensión deducida por Jenny Minaya Hidrovo, por cuanto tiene la certeza de ser el padre biológico de Lucila Rodríguez Minaya, y a fojas 16 consta el reconocimiento de firma y rúbrica de su escrito de contestación. A fojas 21 a 28 del cuaderno de primera instancia, aparece el informe con el resultado del examen de prueba de ADN, realizado entre el demandado y la menor Lucila Rodríguez Minaya, el que concluye que: *“no se excluye al señor Rollet Eduardo Silva Jiménez como padre biológico de la menor Lucila Rodríguez Minaya...”*. **5.3.**

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIÓN: La motivación que utiliza el Tribunal ad quem para desechar la demanda es la siguiente: *"Las disposiciones legales y la Doctrina, así como la Jurisprudencia, han definido las circunstancias en que operan tanto la impugnación de paternidad, como la investigación de paternidad, el último, en cuando quien persigue el reconocimiento de la calidad no lo ha obtenido voluntariamente del supuesto padre o madre; es decir que no se lo alcanzó por ninguno de los medios legales, en la impugnación existe el legítimo contradictor de padre a hijo y viceversa, esta Sala en la presente causa que decide, no puede aplicar el principio del interés superior del menor que esta garantizado constitucionalmente así como aplicar los Convenios Internacionales del Niño y coincide en la apreciación del Juez A-quo que pese al existir las pruebas suficientes del ADN en relación con el actual demandado que es padre biológico de la menor, debió proponerse primeramente la acción de 'impugnación de paternidad' citando a quien consta como padre en el documento de instrumento público otorgado por el Registro Civil para que ejerza el derecho constitucional de su legítima defensa contradiciendo o allanándose a las pretensiones de la demandante, pues sólo así se garantizará el Debido Proceso..."*. Con este razonamiento al resolver, desestima el recurso de apelación interpuesto, y confirma la sentencia venida en grado que declara sin lugar la demanda.

5.4. PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER. Acción de investigación de paternidad intentada por quien encontrándose inscrita como hija nacida dentro de matrimonio, alega que quien figura como padre en su partida de nacimiento no lo es, por lo que dirige la acción en contra de quien dice ser su verdadero padre, con el propósito de establecer su verdadera identidad mediante declaratoria a su favor. El tribunal de alzada mediante sentencia confirmatoria, niega la acción a pesar de existir prueba positiva de ADN, con el argumento de que la acción de investigación de la paternidad, corresponde a quien no ha obtenido por ninguno de los medios legales el reconocimiento voluntario del supuesto padre o madre, por lo que en el caso previamente, debía intentarse la acción de impugnación de la paternidad en contra de quien consta como padre en la partida de nacimiento, sin lo cual no se garantiza el debido proceso y la defensa en juicio de quien no ha sido demandado.

5.5. EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR Y LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS PREVALECIENTES: Por el carácter superior de los derechos que atañen a las adolescentes, consideradas por la Constitución de la República en el Art. 35 como grupos de atención prioritaria, su interpretación no puede apartarse del principio del *"INTERES SUPERIOR"* y sus derechos conforme la disposición



constitucional, prevalecen sobre los de las demás personas. Principio generalmente aceptado por el Derecho Internacional, así en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño al hacer este reconocimiento dice: "... la niñez es acreedora de especial cuidado y asistencia..."; y, en su Artículo 3-1 dispone que en todos los asuntos públicos y privados que interesen a los menores, las autoridades deben prestarles atención prioritaria. La declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños, establece que por su inmadurez física y mental, los niños requieren especiales salvaguardas y cuidado, incluida una adecuada protección legal que garantice su desarrollo integral y armónico como miembros de la sociedad, es decir un trato preferente acorde con su condición de sujetos de derecho; reconocimiento que en esta misma línea, se ha venido dando a través de otros tratados y convenios internacionales que con este mismo fin, han sido celebrados y ratificados por nuestro país entre los que podemos citar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños considerados como sujetos activos, el deber de protección especial y prioritario que por su condición tienen derecho a recibir del Estado, la Sociedad, y la Familia. En la línea de la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional Colombiana respecto de este principio de interpretación de los derechos, "... ha sido enfática al aclarar que el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se pueden formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, solo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la Sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal". (Sentencia T.408 de 1995). Es decir que los asuntos de los menores de edad que involucren derechos prevalecientes, de acuerdo a este principio de interpretación, deben ser abordados de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso, teniendo en cuenta los parámetros generales, y los criterios orientadores que pueden servir para el análisis de los casos individuales que involucren derechos propios de los menores de edad, en la especie el de identidad, conocer y relacionarse con sus verdaderos padres, y

ser emplazado en la familia que por su nexo biológico le corresponda. **5.5.1. LA IDENTIDAD PERSONAL:** El derecho a la identidad es un derecho de la personalidad, o reconocimiento de una cualidad inherente a él, es decir un modo propio de ser de la persona que la distingue de los demás en el ámbito de las relaciones sociales y de parentesco; es esencial, y concedido para toda la vida. Su importancia en el Derecho de Familia, radica en el hecho de que permite establecer la procedencia de los hijos respecto de los padres; es un derecho natural e innegable que no puede ser desconocido, pues a través de él se forjan las relaciones mas importantes en la vida de los seres humanos, incidiendo en la familia como núcleo fundamental de la sociedad; tiene que ver con el derecho que tienen todas las personas a preservar su identidad única, incluida la nacionalidad, nombre, relaciones familiares, es decir conocer su origen, saber quienes son sus padres, lugar de nacimiento, el marco familiar y social que conformó su entorno al venir al mundo, su cultura y tradiciones. Se trata entonces de un derecho humano fundamental reconocido en 1989 al incorporarse a la Convención de los Derechos del Niño, vital para el desarrollo de las personas y de las sociedades, pues de él derivan los demás derechos y correlativas obligaciones. En virtud de que por distintas razones las personas son desarraigadas de su vínculo biológico con o sin el consentimiento de sus padres, ilegal, arbitraria, dolosa, el inconsultamente, por ser un derecho humano fundamental, por encima de las cuestiones que se interpongan en el orden legal, tienen derecho a que les sea restablecido mediante la investigación pertinente que permita científicamente determinar su verdadera filiación y nexo biológico con determinado padre o madre, si este derecho según el Pacto de San José de Costa Rica, no se suspende ni siquiera ante graves emergencias como guerras o peligros públicos, por tanto como manda la Constitución, el Estado está obligado a respetar y preservar su contenido esencial por encima del derecho de las demás personas. **5.6.** En el marco de este análisis conceptual y legal, encontrándose involucrado en la demanda planteada, el Derecho a la identidad de la adolescente Lucila Elizabetn Rodriguez Minaya, derecho garantizado por la Constitución de la República del Ecuador en el Art. 45 inciso segundo, corresponde en primer término establecer si el Tribunal ad-quem al

momento de resolver, aplicó o no el principio del interés superior contenido en el Art. 44 ibid, que contempla: *“El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas...”*. Principio que se encuentra desarrollado en el Art. 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, que expresa: *“El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento... El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla”*. Según el Art. 3 numeral 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en lo referente a este principio dice: *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”* El Art. 1 de dicha Convención, establece: *“Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”* En lo que atañe a los tratados internacionales, y el orden jerárquico de aplicación de las normas, la Constitución es clara al determinar que: *“Art. 417.- Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”*; reconociendo en el Art. 424 inciso segundo ibídem, su preeminencia sobre cualquier otra norma o acto de similar contenido, cuando reconozcan derechos humanos mas favorables; concordante con el Art. 425, que define taxativamente el orden jerárquico de aplicación de las normas, y el valor de la supremacía constitucional. Sobre esta base, no cabe duda que el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes, ha de interpretarse en el marco jurídico descrito, en armonía con lo que dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrito en por las Naciones Unidas (New York), el 5 de diciembre de 1989, ratificada por Resolución Legislativa, publicada en Registro Oficial 378 de 15 de febrero de 1990 y por Decreto Ejecutivo No. 1330, publicado en Registro Oficial 400 de 21 de marzo de 1990, cuyo texto fue publicado en el R.O. 387 de 2 de marzo de 1990, y nuevamente en el Registro Oficial No. 31 de 22 de septiembre de



1992. En el caso que se resuelve es evidente que el Tribunal de Alzada, desconoce el verdadero sentido y alcance del principio del interés superior de la demandante, pues sin mayor motivación se ha limitado a negar la acción a pesar de existir prueba positiva de ADN, argumentando para ello que previamente debía haber planteado una acción diferente a la intentada; al hacerlo incumple su más alto deber que consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, pues al no aplicar las normas constitucionales, los Tratados y Convenios Internacionales, ni la interpretación mas favorable a su efectiva vigencia, se ha impedido que el derecho constitucional a la identidad, prevalezca y se aplique por encima de la ley, incurriendo en las infracciones que se acusan, al restringir y limitar la acción de la demandante, exigiendo condiciones y requisitos no establecidos en la ley, menos en la Constitución, supeditando su análisis a cuestiones de orden formal, mas no a los asuntos de fondo a los que mira su pretensión, impidiendo de esta manera que el sistema procesal cumpla con el objetivo previsto en los artículos 169 de la Constitución y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, cual es la efectividad de los derechos y la realización de la justicia, en aplicación de los principios de simplificación y economía procesal, pues si bien es verdad que de acuerdo con el Art. 252 y siguientes del Código Civil, la acción de investigación o declaración judicial de la paternidad o maternidad, corresponde a quien no ha sido reconocido voluntariamente, que no es el caso de la actora, pues en su partida de nacimiento consta inscrita como hija de Julio David Rodríguez Ugalde y de Jenny Elizabeth Minaya Hidrovo de estado civil casados, esta circunstancia no puede impedir el ejercicio de acciones legales tendientes a recuperar su identidad en base a la verdad biológica, pues en los términos en que se hallan concebidas en materia civil, pueden colocar a las personas en ineptitud para incoarlas, si no se toma en cuenta que también hay normas que obligan al juez o jueza a buscar una salida, un remedio que, adecuado a las circunstancias del caso, facilite la solución de conflictos, que como en la especie involucra el derecho de una adolescente que merece ser precautelado en forma efectiva, especialmente cuando de por medio están derechos fundamentales protegidos como el de **“IDENTIDAD”**, cuyo ejercicio no puede quedar comprometido



únicamente a la vigencia de la Ley Ordinaria, si no se ajusta a la realidad, existiendo casos como este que si bien no se enmarcan dentro de los parámetros legales, no pueden ser desatendidos sin afectar otros derechos de este rango como el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva que consagra el Art. 75 de la Constitución de la República, porque simplemente en el esquema de la Ley Ordinaria no cabe tal declaratoria; situación que no puede subsistir si no se compadece ni está a tono con el avance y desarrollo experimentado actualmente por la ciencia y la técnica, que con grado de certeza casi absoluta está en capacidad de contribuir al esclarecimiento de las relaciones de filiación a través del examen de ADN prueba determinante y suficiente para la declaratoria que se persigue, sin que haya razón suficiente para sostener lo contrario. Mas preocupante aún, cuando al remitirnos al texto de la disposición legal a la que se refiere la sentencia, Art. 235 del Código Civil, encontramos que la acción de impugnación de la paternidad corresponde en forma exclusiva al marido mientras éste viva y no al hijo, por lo que en este caso, y en las circunstancias anotadas según este criterio, la demandante no tendría acción para indagar sobre su verdadera identidad biológica, si los antecedentes de hecho no se subsumen en la norma que según el Tribunal de Instancia debía servir de fundamento a la demanda, resultando en verdad la sentencia violatoria de este derecho, situación que debe ser remediada por esta vía, para evitar que sobrevenga un daño o lesión mayor a los intereses jurídicos de la recurrente. Consiguientemente y al no aplicar las normas y principios constitucionales conforme se viene alegando, la interpretación que se hace sobre el Art. 233 ibidem es errada, pues si bien es verdad que por haber nacido después de expirados los ciento ochenta días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebida en él, y tiene como padre al marido. Al tratarse de una presunción legal de acuerdo con el Art. 32 ob. cit., admite prueba en contrario sobre la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias inferidas por la ley. Siendo precisamente esto lo que ha acontecido en el presente caso, pues en base del examen de ADN legalmente practicado, ha quedado desvirtuada esta presunción legal. **5.7** Correlativamente y con relación a la acusación del Art. 45 de la Constitución de la República, que consagra entre otros el derecho de las niñas,



niños y adolescentes a la IDENTIDAD, nombre y ciudadanía, el respeto de su libertad y dignidad, a ser consultados en los asuntos que les afecten, y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial. Previamente, a la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, en sus artículos 33, 34, 35 Y 36 consagró el derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes, y los artículos 21 y 22 del cuerpo legal indicado reconocen como derecho de los niños, niñas y adolescentes el saber con certeza quiénes son sus padres. En tal virtud, el Tribunal de Alzada en el contexto de este análisis, ciertamente ha inaplicado las disposiciones contenidas en los artículos: 44 y 45 de la Constitución de la República; 1, 12 (último inciso), 14 y 21 del Código de la Niñez y Adolescencia. Por tal motivo para casar la sentencia, este Tribunal de la Sala, en uso de la atribución que le confiere el Art. 16 de la Ley de Casación, expide el fallo que en derecho corresponde hacerlo. Al respecto, se observa: **PRIMERO.-** No aparece omisión de solemnidades sustanciales, que influyan en la tramitación de la causa, por lo que se declara la validez de todo lo actuado. **SEGUNDO.-** Estamos frente a un proceso en el que es imperativo aplicar el principio del interés superior de la menor adolescente, al momento de decidir acerca de su derecho a la identidad, y al hacerlo debe prevalecer éste sobre cualquier otro, derecho que al encontrarse consagrado en el Art. 66 numeral 28, en relación con el Art. 45 inciso segundo de la Constitución de la República por su jerarquía superior, es de aplicación directa e inmediata, por y ante cualquier autoridad, de oficio o a petición de parte, si se reconoce y garantiza este derecho fundamental que comprende: *"El derecho a la identidad personal y colectiva, que incluye tener nombre y apellido, debidamente registrados y libremente escogidos; y conservar, desarrollar y fortalecer las características materiales e inmateriales de la identidad, tales como la nacionalidad, la procedencia familiar, las manifestaciones espirituales, culturales, religiosas, lingüísticas, políticas y sociales."* Además, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 8, dice: *"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer*

rápidamente su identidad.” La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman vs. Uruguay en la sentencia de 24 de febrero de 2011, al referirse al derecho a la identidad, expresó: *“...el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso,...”* más adelante dice: *“En ese mismo sentido, el Comité Jurídico Interamericano expresó que el ‘derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana’ y que, en consecuencia, ‘es un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la comunidad internacional en su conjunto, que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana’”,* en este mismo sentido, la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín afirmó, en relación con la identidad de los niños sustraídos en Argentina y citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata 137, el *“reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes”,* añadiendo que *“la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar, sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica”,* concluyendo que el *“derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace. Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, autos caratulados Zaffaroni Islas, Mariana s/ av. circunstancias de su desaparición - FURCI, Miguel Ángel-González de FURCI, Adriana”,* (causa No. 403, de 5 de agosto de 1994, voto del Juez Mansur en la posición mayoritaria). Por tanto, el derecho al conocimiento de la propia identidad constituye una garantía constitucional, y como tal todo ciudadano, tiene el derecho a investigar su origen, requerir a quien le ha dado vida cumpla la obligación que la naturaleza impone y que el derecho lo ha reglamentado, razón esta por la cual nuestra legislación autoriza la investigación judicial de la paternidad o maternidad. Sin duda el principio fundamental que inspira a la actual legislación, es el derecho de todo individuo a conocer su origen biológico, lo cual se traduce, como se dijo, en el derecho a acceder a una investigación judicial para saber quiénes son sus padres y, consecuentemente, a mantener la relación que surge de este nexo biológico.

Derecho fundamental que se halla desarrollado en los artículos 21, 22, 33, 34, 35 y 36 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia. En lo tocante, al derecho a la identidad esta Sala dentro del juicio No. 50-2012, (Resolución No. 10-2012) ha manifestado lo siguiente: " ... el Tribunal considera que el derecho a la identidad, consagrado en la norma suprema y alegado por la recurrente al formular su demanda se refiere, en la especie, no solo al hecho de tener un nombre y apellido debidamente registrados, ya que concebir este derecho de un modo tan lato empobrece el alcance y las connotaciones que posee. En su sentido más amplio, el derecho a la identidad, es un derecho personalísimo, intrínseco del ser humano, que garantiza a toda persona el conocimiento de su origen, de quienes fueron sus padres, su país o ciudad de nacimiento, y el marco familiar que conformó su entorno al venir al mundo; busca anclar al ser humano con sus antecedentes, con su procedencia y con sus nexos familiares, en aras de que pueda alcanzar su desarrollo social, cultural, afectivo, espiritual, etc....", El tratadista Mauricio Luis Mizrahi, manifiesta: *"Participamos de la tesis que sostiene que el conocimiento de la propia génesis es un derecho absoluto e irrenunciable y, como bien se ha dicho, 'anterior y superior jurídica y axiológicamente al de la familia o a los de terceros que no merezcan aquella calidad'. Ésta parece ser la orientación de la jurisprudencia, quién ha señalado que 'pocos derechos humanos pueden ser más dignos de protección que el de conocer la identidad, reconocer sus raíces', por lo que 'debe prevalecer sobre otros bienes jurídicos de menor jerarquía'. Y así en esa inteligencia, se resolvió que toda persona -con el objeto de conocer sus antecedentes genéticos- 'cuenta con la posibilidad de iniciar una acción de conocimiento de la realidad biológica, en forma autónoma e independiente a la acción de filiación'. Es que en la especie está en juego nada menos que la dignidad de la persona, e incluso su propia libertad, dado que es central para ésta contar con la posibilidad de definir independientemente la propia identidad,..."* (Mizrahi, Mauricio. *Identidad Filiatoria y pruebas biológicas*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 2006. pp. 63-64). En este orden, el Art. 4 del Código Orgánico dispone que el juez al fallar debe hacerlo sobre la base de la Constitución, tomando como guía de interpretación los principios constitucionales, concordante con los artículos 25, 129 numeral 1 ibídem que determinan la aplicación directa e inmediata de las disposiciones constitucionales. Por lo que, y a partir de la promulgación de la Constitución en octubre de 2008, en el Ecuador, los instrumentos de derechos humanos tienen fuerza normativa por tratarse de un Estado constitucional de derechos y justicia al que se refiere el Art. 1, instrumentos que deben ser utilizados por todos los operadores de justicia por sobre la legislación interna, en los casos que sometidos a su decisión sea pertinente su aplicación, especialmente cuando se

trate de acciones en las que se investigue los antecedentes genéticos y la realidad biológica. Al respecto el Art. 426 de la Carta Fundamental, en concordancia con el Art. 5 del Código Orgánico de la Función Judicial, regulan: *“...Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”*. En armonía con estos preceptos constitucionales encontramos principios y normas aplicables, como el de la *“Obligatoriedad de Administrar Justicia”* consagrado en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial; en el Código Civil el Art. 8 dice: *“A nadie puede impedirse la acción que no este prohibida por la ley.”*, Art. 18 *“Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley...”* regla 7ª.- *“A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”* Similar prescripción contiene el Art. 274 del C. de P. Civil *“... y, a falta de ley, en los principios de justicia universal”*; los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia a los que se refiere el precepto del Código Orgánico antes invocado. Y si a ello sumamos los fallos de triple reiteración que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, publicados en la Gaceta Judicial Serie XVII, No. 1, de fecha septiembre a diciembre de 1999, aplicable en cuanto impone la obligación de la práctica del examen de ADN, es innegable el derecho que le asiste a la demandante para investigar sobre su verdadera identidad biológica, mediante el ejercicio en forma autónoma de una acción de conocimiento.

TERCERO.- Comprobado el vínculo de parentesco reclamado por la actora, con el informe sobre el estudio de paternidad, (fojas 21 a 28 del cuaderno de primera instancia) emitido por la perito doctora Dora Sánchez, al tratarse de una prueba material y científica altamente confiable, por basarse en el examen genético de histocompatibilidad (ADN), que es el método más preciso que existe a efectos de probar la filiación, debido a que el ADN de cada persona es único, en el caso particular determina el 99,99% de paternidad verosímil; más el allanamiento presentado por el demandado Rollet Eduardo Silva Jiménez a la pretensión de la demandante; quien además ha comparecido en forma libre y voluntaria a practicarse dicho examen, cuyo informe pericial concluye como padre de Lucila



Elizabeth Rodríguez Minaya, prueba que al encontrarse debidamente actuada, este Tribunal la acoge en todas sus partes, por ser de alta confiabilidad y por cuanto, nuestro ordenamiento jurídico la contempla como medio probatorio suficiente para afirmar o descartar la paternidad o maternidad, (Art. 13 innumerado (138), del Código de la Niñez y Adolescencia.), con lo que además ha quedado desvirtuada la presunción legal contenida en el Art. 233 del Código Civil, consiguientemente el efecto jurídico inmediato es dejar insubsistente la filiación surgida al amparo del matrimonio.

6. DECISION EN SENTENCIA: Por lo expuesto, sin que sea necesario analizar los otros cargos formulados ni realizar ninguna otra consideración, este Tribunal de la Sala Especializada de la Familia, Niñez y Adolescencia de la Corte Nacional de Justicia integrado para resolver este caso, **“ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA”** casa la sentencia impugnada, y al aceptar la demanda declara que el demandado ROLLET EDUARDO SILVA JIMENEZ, es el padre biológico de la adolescente LUCILA ELIZABETH RODRIGUEZ MINAYA. Ejecutoriada la sentencia, en la etapa de ejecución confiérase las copias necesarias a fin de que se proceda a la inscripción por marginación, en la partida de nacimiento que consta del año 1995, Pag. 119, Acta 335, de fecha 15 de junio de 1995 del Registro Civil de Rocafuerte, provincia de Manabí; debiendo oficiarse a la autoridad que corresponda, para que entregue la documentación pertinente, esto es partida de nacimiento y tarjeta índice del padre, de la que se extraerán los datos necesarios para la inscripción que debe realizarse en los términos en que aquí se resuelve. Sin costas ni honorarios que regular. Actúe la Dra. Patricia Velasco Mesías, como Secretaria Relatora encargada en virtud de la Acción de Personal No. 384 DNP de 8 de febrero de 2012. Notifíquese. F) Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, JUEZA NACIONAL, Dra. Rocío Salgado Carpio, JUEZA NACIONAL, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, JUEZ NACIONAL y Dra. Patricia Velasco Mesías, SECRETARIA RELATORA (E), que certifica. F) Dra. Patricia Velasco Mesías,



SECRETARIA RELATORA (E).

CERTIFICO:

Que las ocho (8) copias que anteceden son tomadas de sus actuaciones originales constantes en el juicio No. 040-2012 SDP (Recurso de Casación) que sigue JENNY MINAYA HIDROVO contra ROLLET SILVA JIMÉNEZ. La razón que antecede no contiene enmendaduras ni borradores.- Quito, 31 de mayo de 2012.

Dra. Patricia Velasco Mesías
SECRETARIA RELATORA (E)